

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO  
ECOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU EM DIREITO PENAL E  
PROCESSUAL PENAL

JORGE LAMBERTO ROMEIRO DE OLIVEIRA

**A PUNIÇÃO PENAL E A CLASSE DE RICOS DELINQUENTES:** uma  
perspectiva funcional sistêmica na sociedade de risco pós Constituição Federal de 1988

**Brasília-DF**

**2019**

JORGE LAMBERTO ROMEIRO DE OLIVEIRA

**A PUNIÇÃO PENAL E A CLASSE DE RICOS DELINQUENTES:** uma  
perspectiva funcional sistêmica na sociedade de risco pós Constituição Federal de 1988

Trabalho de Conclusão de Curso, desenvolvido sob a orientação da Professora Mestra Eduarda Toscani Gindri, apresentado como requisito de conclusão do curso de Pós-Graduação Lato Sensu em direito penal e processual penal.

**Brasília-DF**

**2019**

Dedico a presente pesquisa a minha mãe, por sempre me amparar nas dificuldades; ao meu pai, por ser tão solícito; a minha esposa, por se fazer parceira; aos meus filhos, que me enchem de alegria. Ainda, dedico a todos que não se conformam com os desmandos no Brasil, pois um dia veremos dias melhores.

**A PUNIÇÃO PENAL E A CLASSE DE RICOS DELINQUENTES: uma**  
*perspectiva funcional sistêmica na sociedade de risco pós Constituição Federal de*  
*1988<sup>1</sup>*

*Jorge Lamberto Romeiro de Oliveira<sup>2</sup>*

*Orientadora: Eduarda Tosani Gindri<sup>3</sup>*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Um esboço sobre a (re)legitimação do direito penal; 1.1 O contexto da reação liberal do direito penal e os marcos críticos de evolução dogmática; 1.1.1 O reducionismo causalista e o descolamento da realidade pelo neokantismo; 1.1.2 O eixo de gravitação do finalismo de Welzel como limite ôntico; 1.2 O vazio conceitual de “bens jurídicos”; 2 Uma aproximação do funcionalismo sistêmico; 2.1 O bem jurídico penal; 3 A formatação social e o marco da Constituição Federal de 1988; 3.1 A sociedade pós-industrializada; 3.2 A corrupção dos “tolos” no Brasil; 3.3 A face oculta de proteção dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988; Considerações finais; Referências.

**RESUMO:** o presente trabalho tratou da punição penal em contraponto com os poderosos no Brasil, com projeções para mudanças na sociedade de risco, no espectro do funcionalismo sistêmico no âmbito da Constituição Federal de 1988. O objetivo central da prospecção é responder se o direito penal pode ou não expandir para alcançar os crimes dos poderosos? O esforço da pesquisa foi concentrado em revisão bibliográfica, partindo do histórico exemplo da execução de um suplício até um caso icônico da República Federativa do Brasil, onde se investigou um banqueiro por mais de uma década, sem que se chegasse a uma condenação. Para tanto, foram analisados os marcos críticos da evolução dogmática penal; aspectos da sociedade de risco; aspectos do Brasil escravocrata; e a vedação de proteção deficiente dos direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Funcionalismo sistêmico; Sociedade de risco; Ricos delinquentes; Direitos transindividuais; Infraproteção.

---

<sup>1</sup> Artigo Científico apresentado como requisito de conclusão de curso, na Especialização em Direito Penal e Processual Penal.

<sup>2</sup> Analista Judiciário, Área Judiciária, do Superior Tribunal de Justiça; especializando em Direito Penal e Processual Penal.

<sup>3</sup> Orientadora: Coordenadora do curso de Pós-Graduação Lato Sensu em direito penal e processual penal do Instituto de Direito Público de Brasília, Mestra em Direito.

## INTRODUÇÃO

No âmbito das ciências jurídicas, tem-se o crime como fenômeno complexo. Contudo, a discussão para os problemas pátrios parece estar cada vez mais binária: punitivistas ou garantistas.

Ao aceitar a premissa de que o fenômeno criminoso é complexo, não se pode admitir seu enfrentamento com adesões apriorísticas a correntes de pensamentos desenvolvidas no seio de tecidos sociais estrangeiros. Vale dizer, nem toda construção dogmática, por mais avançada que possa ser, resolverá totalmente problemas próprios da sociedade brasileira.

É de amplo conhecimento que, no Brasil, há um elevado número de prisões preventivas, elevadas penas e execuções penais inapropriadas, notadamente para os crimes de rua, como o roubo, por exemplo. De outro lado, os processos criminais envolvendo poderosos são frequentemente invalidados por alguma nulidade pelos Tribunais ou são fulminados pela prescrição, com excepcionais custódias provisórias, penas brandas etc.

Para Daniel de Resende Salgado, “[a] discrepância com que nossa legislação penal trata os delitos de inspiração liberal, se comparável a outros crimes de concepção social, impressiona<sup>4</sup>”.

Como recordou Salgado, se dois agentes trombarem contra uma vítima tomando-lhe um relógio (art. 157, § 2.º, II, do Código Penal) receberão uma pena mínima de 5 anos e 4 meses de reclusão, que é o dobro daquela que seria cabível para a mais exacerbada sonegação fiscal – 2 anos e 8 meses de reclusão (art. 1.º c/c o art. 12, I, ambos da Lei n.º 8.137/90).

O discurso liberal que um dia defendeu os autores de crimes de rua contra as arbitrariedades estatais vive conflitos quando serve de respaldo para a imunização de condutas criminosas praticadas por poderosos. O entendimento liberal generalizado sobre todo e qualquer crime pode impedir que se modernizem o direito penal e processual penal para alcançar os delitos dos poderosos, os quais atingem os recursos do Estado para assegurar saúde, educação, segurança etc.

---

<sup>4</sup> SALGADO, Daniel de Resende. A Elite do Crime: Discurso de resistência e laxismo penal. In CALABRICH, Bruno (Org.); FISCHER, Douglas (Org.); PELELLA, Eduardo (Org.). Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 3.ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, pág. 99.

Nesse trabalho, tratarei do tema da punição penal aplicada aos crimes dos poderosos. Meu objetivo é realizar uma análise bibliográfica sobre os paradigmas da dogmática penal, o contexto social pós-industrialização, o período do Brasil escravocrata e o marco da Constituição da República de 1988, relacionando os autores em torno da pergunta central: o direito penal pode ou não expandir para alcançar os crimes dos poderosos? Para isso, realizarei uma revisão bibliográfica sobre o contexto das construções da dogmática penal em confronto com a Constituição da República de 1988, sem ignorar a sociedade pós-industrializada e os contornos brasileiros. No primeiro capítulo apresentarei alguns aspectos da dogmática penal formada ao longo do tempo, no segundo farei uma aproximação do funcionalismo sistêmico, e no terceiro apresentarei algumas características da sociedade de risco, a formação da elite brasileira e a vedação de proteção deficiente dos direitos fundamentais.

## **1 UM ESBOÇO SOBRE A (RE)LEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL**

Em 6 de novembro de 2018, na cidade de Buenos Aires, na palestra “Combate à Corrupção e Estado de Direito: a experiência brasileira”, Luís Roberto Barroso, Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), afirmou ser impossível falar sobre o estágio institucional brasileiro sem observar que:

“a) o Presidente da República foi denunciado duas vezes, por corrupção passiva e obstrução de justiça; b) um ex-Presidente da República foi condenado por corrupção passiva em primeiro grau de jurisdição; c) dois ex-chefes da casa civil foram condenados criminalmente, um por corrupção ativa e outro por corrupção passiva; d) o ex-Ministro da Secretaria de Governo da Presidência da República está preso, tendo sido encontrados em apartamento supostamente seu 51 milhões de reais; e) dois ex-presidentes da Câmara dos Deputados estão presos, um deles já condenado por corrupção passiva, lavagem de dinheiro e evasão de divisas; f) um presidente anterior da Câmara dos Deputados foi condenado por peculato e cumpriu pena; g) mais de um ex-governador de Estado se encontra preso sob acusações de corrupção passiva e outros crimes; h) todos os conselheiros (menos um) de um Tribunal de Contas estadual foram presos por corrupção passiva; i) um Senador, ex-candidato a Presidente da República, foi denunciado por corrupção passiva.

Além disso, a colaboração premiada de mais de 70 executivos da empreiteira Odebrecht resultou na delação de 415 políticos, de 26 partidos, aí incluídos ex-Presidentes da República, atuais e anteriores Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, 14 Prefeitos ou ex-Prefeitos de

capitais, 22 Governadores ou ex-Governadores, 25 Senadores ou ex-Senadores e 18 Ministros ou ex-Ministros de Estado. Já a colaboração da empresa JBS envolveu 1829 políticos, de 28 partidos, bem como o Presidente atual, ex-Presidentes e dezenas de Deputados, Senadores e Governadores.<sup>5</sup>”

À época, esses eram os números parciais da operação policial denominada Lava-Jato, Segundo Barroso, “o mais extenso e profundo processo de enfrentamento da corrupção na história do país. Talvez do mundo”.<sup>6</sup>

Nesse contexto, o Ministro do STF é enfático ao dizer que, entre nós, “um direito penal seletivo e absolutamente ineficiente em relação à criminalidade de colarinho branco criou um país de ricos delinquentes<sup>7</sup>”.

A esse cenário de corrupção endêmica houve uma reação social, de parte do judiciário, do ministério público e da polícia. A busca pela eficiência do direito penal e processual penal passou a ser recorrente.

Alguns advertem. Néfi Cordeiro registra que “[s]empre que pesa mais forte a balança para o lado da eficiência, porém, mais leves (frágeis) restam as garantias individuais<sup>8</sup>”.

Seja como for, a questão é que – nesse momento de reação da sociedade (que exige tutela), de mudança na legislação (por exemplo a lei de colaboração premiada) e na jurisprudência (como a execução provisória da pena) –, o discurso liberal do direito penal se apresenta como um contraponto. Aponta-se que a neocriminalização ou o incremento dos meios persecutórios não seriam possíveis diante do modelo penal “garantista”, supostamente adotado pela Constituição da República de 1988.

Deve-se, todavia, além de proteger os direitos individuais, evitar a negação do potencial lesivo dos delitos praticados pelos poderosos que atingem os direitos fundamentais da coletividade.

---

<sup>5</sup> BARROSO, Luís Roberto. Combate à corrupção e estado de direito: a experiência brasileira. Palestra proferida na Conferência Magna de Abertura da “Convenção sobre Políticas Públicas e a Percepção da Corrupção na América Latina”, Buenos Aires, 6 set. 2018.

<sup>6</sup> Idem – Ibidem.

<sup>7</sup> Idem – Ibidem.

<sup>8</sup> CORDEIRO, Néfi. Colaboração Premiada e Combate à Corrupção: princípios constitucionais da administração pública regulando negócio judicial, p. 7.

Não sem razão, Daniel de Resende Salgado afirma que “[o]s conflitos, na atualidade, afligem objetividades jurídicas difusas. Basta verificar a existência dos grandes escândalos financeiros, da lavagem de dinheiro, da corrupção corrosiva<sup>9</sup>”.

O predomínio do discurso doutrinário liberal encobre a resistência ao necessário desenvolvimento de uma persecução penal e, como consequência, “fomenta a manutenção de um direito/processual penal que exclui do discurso de criminalidade quase todo sistema de ação materialmente criminosa das classes sociais mais abastadas”<sup>10</sup>.

Para Barroso, está surgindo uma nova ordem engendrada na demanda que se “desenvolveu na sociedade brasileira por integridade, idealismo e patriotismo. Estamos procurando mudar paradigmas inaceitáveis e empurrar a história na direção certa”. Ele adverte que as resistências são muitas. Isso porque “[n]ós não somos atrasados por acaso. Somos atrasados porque o atraso é bem defendido”<sup>11</sup>.

Conforme assinala Luis Gracia Martin, “a tarefa do direito penal é a proteção das condições básicas de subsistência da sociedade” e “a maior parte dessas condições não constituem nenhum material com validade *a priori* atemporal”<sup>12</sup>.

Assim, nos tópicos a seguir, exploro os modelos de direito penal abordados pela dogmática, partindo do pressuposto que qualquer modelo deve considerar os direitos individuais (proibindo excessos) e os direitos transindividuais (protegendo-os de forma eficiente), pois se a balança pender para contenção da intervenção penal, de forma generalizada, a vigência da lei penal poderá desmoronar sob todos. E isso impedirá o direito penal de garantir as condições básicas de subsistência da sociedade.

## 1.1 O CONTEXTO DA REAÇÃO LIBERAL DO DIREITO PENAL E OS MARCOS CRÍTICOS DE EVOLUÇÃO DOGMÁTICA

Até o início do século XIX, o poder punitivo fazia do corpo do condenado o palco para exteriorizar toda dessimetria do poder existente entre o soberano e os súditos, por meio do suplício.

---

<sup>9</sup> SALGADO, Daniel de Resende. A Elite do Crime: Discurso de resistência e laxismo penal. In CALABRICH, Bruno (Org.); FISCHER, Douglas (Org.); PELELLA, Eduardo (Org.). Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2015, pág. 99.

<sup>10</sup> SALGADO, Daniel de Resende. obra citada, p. 99.

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto. Atravessando a tempestade em direção à nova ordem.

<sup>12</sup> MARTIN, L. G. Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência, p. 42.



Segundo Michel Foucault, esse tipo de pena corporal não era uma selvageria, realizada em um Estado natural. Tratava-se de técnica judiciária que comparava e hierarquizava o sofrimento, levando em consideração a classe social, a personalidade e o crime do condenado. A morte em si mesma não era um suplício, ela era a redução de todo o sofrimento a um só ato, o grau zero da pena suplicante<sup>13</sup>.

A obra *Vigiar e Punir*, de Foucault, é aberta com a narrativa da condenação e execução de um suplício, como resposta punitiva a um homicídio de ascendente, isto é, parricídio. Vejamos:

[Damiens fora condenado, a 2 de março 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na Praça da Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento.<sup>14</sup>

Contra esses tipos de excesso punitivo, no seio desse momento histórico e político, que se formou o pensamento jurídico-penal do movimento iluminista do Século XVIII, que demarcou o período da humanização das penas.

Da simples leitura da condenação ao suplício deflui o sentimento de compaixão com o condenado. Há uma evidente desproporção. Mostra-se excessivo o ritual que se inicia com pedido público de perdão e termina com a redução do corpo a cinzas, e estas, lançadas ao vento. Não era simples sanção penal, mas extermínio do infrator.

O momento histórico e político fez surgir a necessidade de um modelo penal da época e, assim, “deve-se compreender que sua adequação e sua validade estão condicionadas pela subsistência do modelo de sociedade que o sustenta”<sup>15</sup>, conforme preconiza Luis Gracia Martin.

Sabe-se, ainda, que as penas corporais constituíam a medida final do processo. Havia um julgamento antes da aplicação da pena, pois já existia um Estado civil. Para o acusado, seu processo se desenrolava em segredo, o saber era instrumento privilegiado da acusação.

<sup>13</sup> FOUCAULT, Michael. *Vigiar e Punir*. 36. ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2009, p. 35.

<sup>14</sup> FOUCAULT, M. obra citada, p. 9.

<sup>15</sup> MARTIN, Luis Gracia. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*, p. 42.

A verdade era constituída pelo suplício do interrogatório, o qual poderia fazer um inocente assumir um crime por não aguentar os castigos corporais, mas também poderia favorecer um criminoso robusto.

Nesse contexto de excesso de poder, sem métodos claros para impor a consequência jurídica do delito, a coletividade aclamava a horrenda pena-castigo ao conhecer o condenado.

Cada um temendo por si mesmo, elevava seu protesto nas execuções públicas do suplício, pois naquele instante cessaria a vindita do soberano, e somente assim os demais membros da sociedade estariam absolvidos da vingança do rei, como apontou Voltaire:

se a única defesa do acusado é sua própria virtude, se o único risco que os arbítrios de sua vida correm ao matá-lo é o de cometerem um engano; se eles podem matar impunemente mediante uma sentença, então o protesto público se eleva, já que cada um teme por si mesmo, percebe que ninguém pode julgar sua vida em segurança perante um tribunal instituído para velar pela vida dos cidadãos e todas as vozes se reúnem para exigir vingança.<sup>16</sup>

Era necessário conter os excessos punitivos, a fim de proteger os súditos da vingança incerta do soberano. Para tanto, um modelo penal liberal, menos intervencionista, era necessário para aquele momento histórico e político.

Não se deve, contudo, perder de vista que “a tarefa do Direito Penal é a proteção das condições básicas de subsistência da sociedade”<sup>17</sup>, conforme assinala Martin, posição defendida pelo próprio modelo jurídico penal da época (aqui tratado de liberal). Afinal, segundo Beccaria, “a exata medida dos crimes é o prejuízo causado à sociedade”<sup>18</sup>.

Por isso a necessidade da construção analítica do delito, que sistematiza elementos para aferição do fato enquanto crime, descrevendo um caminho a ser percorrido para impor a consequência jurídica.

Ainda no século XIX, a dogmática penal já era engrandecida com Von Liszt – citado por Fábio André Guaragni – segundo o qual:

O direito penal é (...) a ciência propriamente sistemática; pois somente a disposição dos conhecimentos em sistema torna possível sujeitar ao império dos princípios todas as particularidades, e sem esse pronto e seguro império a aplicação do direito, abandonada ao arbítrio, ao azar, não passará de mero ‘diletantismo’<sup>19</sup>

<sup>16</sup> VOLTAIRE. Tratado sobre a tolerância. Porto Alegre: L&PM, 2009, p. 11.

<sup>17</sup> MARTIN, L. G. obra citada, p. 42.

<sup>18</sup> BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. São Paulo: Rideel, 2003.

<sup>19</sup> GUARAGNI, Fábio André. As Teorias da Conduta em Direito Penal. Um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 36-37.

O problema é que “[c]ada crime tem a sua história, a sua individualidade; não há dois que possam ser reputados perfeitamente iguais. Mas não se faz ciência do particular”<sup>20</sup>, segundo Francisco de Assis Toledo.

Para superar esses desafios, diversas correntes de pensamento se formaram ao longo dos tempos no âmbito jurídico penal. As mais importantes atualmente são as funcionalistas, que afastam do eixo central de gravitação do sistema analítico de crime a conduta humana e amoldam a dogmática aos fins do direito penal que, por sua vez, necessariamente tem uma função.

### 1.1.1 O reducionismo causalista e o descolamento da realidade pelo neokantismo

É importante notar que antes dessa virada epistemológica (para o funcionalismo), desde o causalismo – à exceção do neokantismo –, a construção dogmática partia do elemento conduta.

Durante o século XIX, embora Feuerbach tenha se reportado à ação – anota Guarini – ao definir crime “uma ação contrária ao direito do outro, cominada em uma lei penal”<sup>21</sup>, esta não foi desenvolvida dogmaticamente como elemento autônomo.

Havia, nesse período, uma construção metodológica que permitia imputar a uma pessoa a ocorrência de determinado evento no plano criminal. Já havia um caminho a ser percorrido para impor a consequência jurídica.

Mas é de Hegel a primeira concepção de conduta humana a ser trabalhada no direito penal, pelo qual “a expressão da vontade como subjetiva ou moral é a ação”<sup>22</sup>. Nesse marco filosófico, Bittar e Almeida apontam que “[é] a ordem jurídica que se coloca a serviço dos membros de um Estado, no sentido de instrumentalizá-los para o alcance de suas metas dentro da protetiva estrutura racional da ordem jurídica”<sup>23</sup>.

Ora, “se a sociedade nasce espontaneamente, o Estado se cria posteriormente, e isto com vistas na melhor construção e adequação dos interesses, inclusive com vistas na proteção das liberdades individuais, conquista da Revolução Francesa”<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 79.

<sup>21</sup> Von Feuerbach *apud* Guaragni, F.A. obra citada, p. 56.

<sup>22</sup> Hegel, Georg Wilhelm *apud* Guaragni, F.A. obra citada, p. 60.

<sup>23</sup> Bittar, C. B. Eduardo; Almeida, Guilherme Assis. *Curso de Filosofia do Direito*. 4ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 295.

<sup>24</sup> Bittar, C. B. E.; Almeida, G. A. obra citada, p. 295.

Na matriz hegeliana, o sistema jurídico funciona como restrições das liberdades abstratamente imaginadas. Respeitar a vontade de outrem pode derivar de uma negação da vontade individual, dissuadida por um não fazer exigido pela Lei. O crime, portanto, seria a negação da negação. “E é por isso que o Estado prepondera por sobre os interesses do indivíduo, pois existe para preservar a continuidade do todo, e não da parte<sup>25</sup>”.

No âmbito do positivismo naturalista, rompendo com o idealismo hegeliano, surgia a teoria causal da ação, apropriando-se de métodos afetos às ciências do *ser*.

Essa adaptação do pensamento jurídico penal aos métodos científicos próprios das ciências do *ser* derivou da necessidade de “não perder o *status* científico naquele caudal de ideias positivistas naturalistas que o envolviam ao cabo do século XIX<sup>26</sup>”, assinala Fábio André Guaragni. Aliás, “[b]asicamente, os passos metodológicos são dois: observar e descrever o fenômeno. Este método é próprio da física mecanicista-newtoniana, que antecedeu a física quântica<sup>27</sup>”. Ou seja, o mundo deveria ser percebido pela experimentação dos fenômenos ao invés de abstrações.

Dáí a teoria mecanicista da conduta – causal naturalista –, como movimento corporal voluntário que produz uma modificação no mundo exterior, perceptível pelos sentidos. Simples relação de causa e efeito.

Apesar dos avanços, notadamente os de Von Liszt, Beling e Radbruch que chegaram à estratificação do crime como conduta humana típica, antijurídica e culpável (sistema clássico), trata-se de inapropriada metodologia para as ciências do *dever ser*.

No início do século XX, reagindo ao reducionismo da teoria mecanicista, sobrevém o chamado período neoclássico ou neokantiano, que recoloca o direito penal como ciência do *dever ser*.

As esferas do mundo do *ser* e do *dever ser* deveriam ficar separadas diante da distinção metodológica. Enquanto o método empírico serve às ciências da natureza; “a compreensão do objeto, segundo um sentido valorativo que se imprima, às ciências culturais<sup>28</sup>”.

No paradigma filosófico neokantiano, “a conduta humana, assim como os demais estratos da tipicidade, ilicitude e culpabilidade, com os quais aperfeiçoa-se a existência do crime não precisam ter qualquer vínculo com a realidade<sup>29</sup>”.

---

<sup>25</sup> Bittar, C. B. E.; Almeida, G. A. obra citada, p. 297.

<sup>26</sup> GUARAGNI, F. A. obra citada, p. 71.

<sup>27</sup> GUARAGNI, F. A. obra citada, p. 70.

<sup>28</sup> GUARAGNI, F. A. obra citada, p. 103.

<sup>29</sup> GUARAGNI, F. A. obra citada, p. 105.

Isso possibilitava a liberdade na criação dogmática, pois esta era desvinculada de conceitos pré-jurídicos e, deste modo, por exemplo, criou-se um conceito de conduta enquanto “comportamento humano voluntário” para abranger a omissão (não explicada com a teoria causalista).

Essa liberdade fez os doutrinadores sistematizarem os estratos do crime segundo suas particulares opções valorativas, de forma pulverizada, deixando a conduta humana de ser o eixo de gravitação. Na mesma medida, também libertou a criação legislativa, pois poderia a lei definir acriticamente, então, o que é uma conduta típica, dado o desapego à realidade, ao relativismo valorativo.

Nas palavras de Guaragni, “[a] caso o perfil do sistema jurídico-penal fosse democrático, sorte. Ao contrário, tendo o perfil autoritário, pouco se poderia atacar o trabalho legislativo<sup>30</sup>”.

Resistindo à liberdade do legislador penal, coube a Welzel estabelecer limites ônticos no campo dogmático. Dessa vez haveria uma conexão entre o mundo do *ser* e do *dever ser*: o estrato conduta.

#### 1.1.2 O eixo de gravitação do finalismo de Welzel como limite ôntico

Para Welzel, “[a] ação humana é exercício de uma atividade final.<sup>31</sup>” O autor de um fato delituoso, na esfera mental, antecipa o fim que pretende realizar para, então, seleccionar os meios necessários para sua consecução, sem desconsiderar, contudo, os efeitos concomitantes que se encontram unidos aos fatores causais eleitos. “De acordo com a antecipação mental do fim, a seleção dos meios e a consideração dos efeitos concomitantes, o autor leva a cabo sua ação no mundo real.<sup>32</sup>”

Por isso o dolo e a culpa, que integravam a culpabilidade até o neokantismo, migram para o fato típico, pois a conduta passa a ser ato de vontade com conteúdo (finalidade). Toda conduta é direcionada por um querer.

E essa conduta é preexistente ao direito penal. A realidade não pode ser modificada por ele, mas apenas (des)valorada. O objeto sobre o qual recai toda construção científica é, no marco finalista, a conduta humana. Quando uma pessoa mata outra,

---

<sup>30</sup> GUARAGNI, F. A. obra citada, p. 118.

<sup>31</sup> WELZEL, Hans. O Novo Sistema Jurídico-Penal: uma introdução à doutrina da ação finalista. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 29.

<sup>32</sup> WELZEL, Hans. obra citada, p. 31.

cumprir ao direito penal apenas verificar se a ação é típica, ilícita e culpável (três estratos de desvalorização). E isso não modifica o fato no mundo do *ser*. No dizer de Guaragni, “[n]ão há, neste diapasão, um conceito jurídico penal de conduta<sup>33</sup>”.

A construção analítica do crime precisa tocar a realidade para atribuir os estratos de (des)valorização. É a conduta humana o eixo de gravitação da doutrina finalista da ação, criada na Alemanha por volta de 1930.

“Criou-se com isto uma demarcação intransponível para a atividade legislativa. Amarrou-se o legislador a uma estrutura lógico-objetiva presente no mundo do *ser*<sup>34</sup>”, sublinha Guaragni.

A derrocada do finalismo ocorreu no início da década de 60 na Alemanha, com especial destaque para a crítica formulada em 1962 por Claus Roxin. A toda evidência, a razão maior para tal declínio está nos “freios produzidos pré-juridicamente, capazes de tolher a liberdade de criação dos conceitos jurídico-penais<sup>35</sup>”, seja para o legislador seja para o jurista.

Por se tratar de uma vertente funcionalista, para Claus Roxin, o direito penal tem necessariamente uma missão e, desse modo, o modelo penal deve ser construído de acordo com ela, qual seja: proteção de bens jurídicos.

## 1.2 O VAZIO CONCEITUAL DE “BENS JURÍDICOS”

Até o finalismo de Welzel a dogmática não aceitava justificativas de política criminal para aplicação da lei penal. Mas, com a virada epistemológica, infunde-se a ideia de que “o Direito Penal deverá travar uma aliança com a Política Criminal e a Criminologia, não podendo renegar a um plano inferior tais ciências pois a gênese da criminalidade e a orientação para os fins de eficácia e prevenção serão oferecidos por ambas<sup>36</sup>”.

Segundo o funcionalismo teleológico, apresentado por Roxin, busca-se delimitar as fronteiras de intervenção jurídico-penal na proteção subsidiária de bens jurídicos, sem perder de vista que “se deve encontrar um equilíbrio entre o poder de intervenção estatal

---

<sup>33</sup> GUARAGNI, F. A. obra citada, p. 133.

<sup>34</sup> GUARAGNI, F. A. obra citada, p. 138.

<sup>35</sup> GUARAGNI, F. A. obra citada, p. 208.

<sup>36</sup> Andrade, Andressa Paula de; Ferreira, Pedro Paulo da Cunha; Bens jurídicos transindividuais como corolário do atual modelo constitucional: um enunciado de proposta acerca de sua proteção penal; Revista Brasileira de Ciências Criminais, Vol. 123, setembro de 2016.

e a liberdade civil, que então garanta a cada um tanto a proteção estatal necessária como também a liberdade individual possível.<sup>37</sup>

Importante reafirmar que a superação do finalismo, ao que mostra os paradigmas de evolução dogmática, também ocorreu pelos freios pré-jurídicos impostos ao legislador e ao jurista. O próprio Roxin defende que “os bens jurídicos não necessariamente são fixados ao legislador com anterioridade”, também podem ser criados, “como é no caso das pretensões no âmbito do Direito Tributário<sup>38</sup>”.

Embora seja o eixo de gravitação da construção de Roxin, a teoria do bem jurídico, há muito, é discutida na Alemanha, desde Birnbaum (1834), Binding, Liszt e outros, mantendo-se controversa até os dias atuais.

Para Binding, por exemplo, “o bem jurídico é sempre bem jurídico da coletividade, ainda que ele pareça ser individual<sup>39</sup>”.

Já em Liszt, tanto os interesses juridicamente protegidos dos “indivíduos” ou da “comunidade” são bens jurídicos.

Segundo Roxin, “podem-se definir os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos<sup>40</sup>”.

Nesse contexto, Jakobs afirma que “[o] resultado da teoria da proteção de bens jurídicos não se baseia em uma diretriz fixa, mas sim em sua multiformidade camaleônica<sup>41</sup>”.

Nessa esteira, o “que deve impedir uma sociedade que se dispõe a conceber a vida de um dirigente (“Führer”) ou a capacidade funcional de um partido que apoia o Estado como bem jurídico de categoria máxima?<sup>42</sup>”. Seria, então, o conceito de bem jurídico justamente um “conceito vazio..., através do qual os nacional-socialistas podiam deixar manifestar os seus valores<sup>43</sup>”? A partir da insuficiência conceitual da categoria central na

---

<sup>37</sup> ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 17.

<sup>38</sup> ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 19.

<sup>39</sup> BINDING *apud* JAKOBS, Günther. Proteção de Bens Jurídicos? Sobre a legitimação do Direito Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 36.

<sup>40</sup> ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 18-19.

<sup>41</sup> JAKOBS, Günther. Proteção de Bens Jurídicos? Sobre a legitimação do Direito Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 36.

<sup>42</sup> JAKOBS, Günther. obra citada, p. 50.

<sup>43</sup> JAKOBS, Günther. obra citada, p. 50.

teoria de Roxin – bem jurídico –, no próximo tópico, aproximo-me da teoria funcionalista sistêmica proposta por Jakobs a fim de descrever suas características.

## 2 UMA APROXIMAÇÃO DO FUNCIONALISMO SISTÊMICO

Welzel já demonstrava que “a missão primária do Direito Penal não é a proteção atual de bens jurídicos, isto é, a proteção da pessoa individual, de sua propriedade etc. Pois, quando entra efetivamente em ação, em geral já é tarde demais<sup>44</sup>”.

Um de seus alunos – Günther Jakobs –, reconstruindo o sistema de direito penal sob uma vertente funcionalista, tornando-se detrator do modelo que tem como elemento diretivo a teoria do bem jurídico, ganhando notoriedade no início da década de 80, também rompeu com o limite ôntico do finalismo.

Jakobs parte da ideia de que “[a] contribuição que o direito penal presta à manutenção da configuração da sociedade e do Estado é a garantia das normas”, que se concentra no “fato de as expectativas indispensáveis ao funcionamento da vida social, na forma dada e na forma exigida legalmente, não precisarem ser abandonadas em caso de decepção<sup>45</sup>”.

A sociedade é complexa. Os indivíduos que nela vivem possuem uma multiplicidade de expectativas. Nessa coletividade ocorrem diversos contatos sociais. Nesses contatos, não podemos contar com comportamentos imprevisíveis de outras pessoas. Então, o direito penal comunica comportamentos esperados, que tornam as interações sociais previsíveis, estabilizando as expectativas, neste plano (jurídico), não mais difusas e segundo cada integrante da sociedade, mas posta na norma (objetivamente).

Esclarece Guragni, “o sistema penal é subsistema do sistema social, operando dentro dele e – *pari passu* – dele se diferenciando, por força do seu agir comunicativo, calcado no binômio linguístico justo/injusto (lícito/ilícito)<sup>46</sup>”.

No que interessa ao direito penal, há a expectativa normativa, por exemplo, que o agente do Estado não se aproprie de dinheiro público. Espera-se que esse agente cumpra, portanto, um papel social. Porém, se um Governador reagir à expectativa normativa, contrariando a regra de orientação, haverá uma decepção. A questão é que no conflito

---

<sup>44</sup> WELZEL, Hans *apud* Guaragni, F.A. *ob. citada*, p. 140.

<sup>45</sup> JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Belo Horizonte: Dey Rey, 2018, p. 61.

<sup>46</sup> GUARAGNI, Fábio André. *As Teorias da Conduta em Direito Penal. Um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 286.



entre a expectativa normativa e o fato causador da decepção, a primeira deve preponderar. Para tanto, a expectativa normativa deve se afirmar contrafaticamente, quer dizer, a lei deve prevalecer sobre o acontecimento ensejador da decepção, por meio da pena.

Lançando mão de um exemplo de Jakobs, com contornos diversos, imaginemos uma pessoa que pega o único carro da família, composta por dois adultos e duas crianças, e se dirige a uma farmácia a fim de adquirir remédio para um de seus filhos com problemas respiratórios. Há uma lei nacional que proíbe a subtração de coisa alheia móvel, e essa pessoa, confiando nessa orientação, ao chegar no local, estaciona o veículo e ingressa no comércio. Depois de adquirir o fármaco, retorna ao local onde estacionou o veículo, mas não o encontra, pois fora furtado.

A orientação normativa (proibição de subtrair coisa alheia móvel) era correta e o infrator deve ser punido. Um ordenamento jurídico desenvolvido, para Jakobs, não deve oferecer às pessoas apenas um direito nu, mas também – de modo geral –, o uso do direito.

No exemplo, não basta a propriedade formal sobre o veículo furtado. Espera-se que os reflexos da propriedade (uso, gozo etc.) possam ser preservados no convívio social. Os “direitos apenas são bons se forem direitos dos quais se pode fazer uso; caso contrário, são apenas direitos nus, imprestáveis<sup>47</sup>”.

Nesse sentido, “um ordenamento deve ser estabelecido de forma geral para poder oferecer a potenciais vítimas mais do que uma orientação apenas abstrata, [...], uma orientação aproveitável<sup>48</sup>”. Em relação aos agentes de delitos, “quando este sabe que uma norma está corretamente fundada, já sabe o bastante para conhecer seu dever e obedecer à norma<sup>49</sup>”.

Contudo, se as normas não forem estabelecidas na realidade social, ao menos de forma confiável, embora sejam corretamente fundadas, o agente conhecedor do conteúdo normativo não as obedecerá.

Nas palavras do próprio Jakobs, “[é] preciso que exista uma disposição praticada para a persecução penal e, se necessário, também uma punição etc., para que se proporcione à norma uma força orientadora geral.<sup>50</sup>” Sem isso, uma norma passa a ser considerada na realidade social um “desejo não vinculante”.

---

<sup>47</sup> JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 31.

<sup>48</sup> JAKOBS, Günther. obra citada, p. 31.

<sup>49</sup> JAKOBS, Günther. obra citada, p. 32.

<sup>50</sup> JAKOBS, Günther. obra citada, p. 32.

Voltando ao exemplo, quando um agente furta um veículo, não é a norma que está incorreta e sim seu comportamento criminoso. Nas palavras do autor:

O que é realidade social não é algo que um indivíduo decida, menos ainda um criminoso, mas sim a própria sociedade. Se ela designa o crime como crime e trata o criminoso como tal, ou seja, pune-o, isso prova a realidade da norma, sua validade social.<sup>51</sup>

Logo, o seu tratamento como tal constitui a sustentação da norma (seu estabelecimento social). Partindo desta contextualização, no próximo tópico discuti-se a ideia de bem jurídico a partir do marco teórico de Jakobs.

## 2.1 O BEM JURÍDICO PENAL

Na perspectiva de Günther Jakobs, o bem jurídico deve ser compreendido de forma mais ampla como “situação juridicamente valorada”<sup>52</sup>, que abrange a vida, a saúde pública a ordem tributária etc.

E esses objetos de proteção não são de interesse exclusivo do direito penal, tendo em vista ser tarefa de todo o ordenamento jurídico preservar ou “criar situações dignas de valor”<sup>53</sup>. A vida pode ser tutelada com programas de assistência social; a saúde pública com a construção de hospitais ou políticas públicas como a antitabagista; a ordem tributária com mecanismos de controle do Estado etc.

Na esfera do direito penal, essa ocupação das situações positivamente valoradas, de um modo, se dá por um dever negativo, como o art. 121 do Código Penal, que considera crime “matar alguém”. Exsurge o dever de não matar. Neste caso, o bem “vida” existirá enquanto ninguém se insurgir contra ele (exige-se uma abstenção). Por outro modo, nas palavras de Jakobs, “o direito ordena, por quaisquer razões – em todo caso, não por obstinação arbitrária do obrigado –, amparar um bem vulnerado ou até mesmo estabelecer um bem”<sup>54</sup>, quando se terá um dever positivo.

Neste aspecto, vamos pensar naqueles que tenham por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, como os pais em relação aos filhos. Os pais não podem abandonar os filhos à própria sorte. Um pai não deve sair para passear com o filho de 2 (dois) anos de idade em uma cidade com intenso movimento de veículos e não o segurar pela mão, a

<sup>51</sup> JAKOBS, Günther. obra citada, p. 33.

<sup>52</sup> JAKOBS, Günther. Proteção de Bens Jurídicos? Sobre a legitimação do Direito Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 41.

<sup>53</sup> JAKOBS, Günther. obra citada, p. 42.

<sup>54</sup> JAKOBS, Günther. obra citada, p. 43.

fim de evitar acidentes. Uma mãe que ainda amamenta um bebê de 90 (noventa) dias não deve deixá-lo sozinho por mais de 24h. Em ambas as situações, eventuais lesões ocorridas, seja por atropelamento, seja por desidratação, podem ser imputadas aos pais, tendo em vista que podiam e tinham o dever jurídico de agir para evitar a lesão ao bem da vida, aos direitos dos filhos, ao bem jurídico. E isso só pode ocorrer pela instituição do poder familiar.

No ponto, Jakobs afirma que:

A tese do Direito Penal como proteção de bens jurídicos, e assim se pretende empregá-la, de um modo geral, como um topos diretivo, não pode em todo caso ser compreendida como se fosse sempre para proteção de bens existentes, ao contrário, no âmbito dos deveres positivos os bens devem, em primeiro lugar, ser produzidos: Instituições devem ser colocadas em funcionamento, isto é, estabelecidas.<sup>55</sup>

Como menciona Jakobs, o direito pode conceder ao detentor de um bem direito de defesa contra uma lesão iminente. No Brasil, algum membro familiar pode pedir medidas protetivas de urgência contra um agressor. Um Juiz pode, no âmbito das medidas cautelares no processo penal, em juízo prospectivo de reiteração delitiva, decretar a prisão preventiva de um flagranteado para proteger a coletividade (ordem pública). Isto é, considerando a gravidade do fato ou o histórico penal, por exemplo, de alguém que acabara de praticar um suposto delito, realizando um juízo de risco, o direito permite a constrição parcial ou total da liberdade individual em detrimento de eventual lesão a bens jurídicos (de toda a sociedade) indistintamente.

De outro lado, o direito pode buscar a proteção de determinados bens da vida (patrimônio etc.) por meio da ameaça de pena (ilustrativamente, reparação de danos). Se essa coação produz os efeitos desejados, seja por qualquer motivo (temor, respeito, costume), os bens jurídicos (bens da vida) permanecem preservados. Se a ameaça não surte efeito e ocorre o fato típico, ilícito e culpável – ou sua tentativa –, então a reparação do dano entra no lugar do bem lesado.

Desse modo, “perde-se a relação direta com o bem protegido, pois a reação orienta-se pela medida da culpabilidade do autor, e não pela medida da lesão iminente do bem (no caso de tentativa) ou pela lesão ocorrida ao bem (no caso de consumação)<sup>56</sup>”.

No Código Penal Brasileiro de 1940, para assegurar a existência do mesmo bem jurídico (vida), o legislador estabeleceu pena de 6 a 20 anos de reclusão para o delito de

---

<sup>55</sup> JAKOBS, Günther. obra citada, p. 44.

<sup>56</sup> JAKOBS, Günther. obra citada, p. 46.

homicídio, acaso seja doloso e simples; se for culposos o delito, a pena cominada foi de detenção de 1 a 3 anos.

Portanto, afirma Jakobs, trata-se diretamente da manutenção da vigência da norma “colocada em perigo pela conduta culpável e, por conseguinte, mediatizada pela proteção de bens, em outras palavras, *a vigência da norma é, na verdade, o bem jurídico penal*; sua manutenção passa diretamente pela pena<sup>57</sup>”.

Para os limites desta aproximação, cumpre tão-somente reiterar que o bem ordinariamente denominado de “bem jurídico” – vida, saúde pública, ordem tributária, patrimônio etc. – no espectro do funcionalismo sistêmico é “apenas um *motivo* para a norma, a representação de um fim<sup>58</sup>”.

De acordo com isso, segue Jakobs:

o bem jurídico, enquanto um motivo para a norma ou representação de um fim, por si só não possui força suficiente; isso porque ao lado do bem a ser protegido entram o interesse de liberdade do autor (também um bem jurídico) e o interesse da sociedade de não obstar, mas sim possibilitar o seu desenvolvimento. Como Welzel já demonstrou ao final dos anos trinta do último século, os bens jurídicos não podem mais ser tratados como peças de museu, as quais devem ser desviadas dos perigos a qualquer preço.<sup>59</sup>

Com efeito, para Hans Welzel:

Toda a vida social consiste no uso e consumo de ‘bens jurídicos’, assim como toda vida é, ao fim e ao cabo, ao mesmo tempo consumo da vida. O real sentido do direito não consiste em afastar todos os efeitos lesivos dos bens jurídicos idealizados como incólumes, senão em escolher e proibir os incompatíveis com a existência de uma comunidade eticamente organizada.<sup>60</sup>

Diante do modelo funcionalista sistêmico de Jakobs, o próximo capítulo dedica-se a compreender como este marco teórico dialoga com o contexto social e constitucional do Brasil.

### **3. A FORMATAÇÃO SOCIAL E O MARCO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

#### **3.1 SOCIEDADE PÓS-INDUSTRIALIZADA**

---

<sup>57</sup> JAKOBS, Günther. obra citada, p. 47.

<sup>58</sup> JAKOBS, Günther. *Proteção de Bens Jurídicos? Sobre a legitimação do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 47.

<sup>59</sup> JAKOBS, Günther. obra citada, p. 47.

<sup>60</sup> WELZEL *apud* JAKOBS, Günther. *Proteção de Bens Jurídicos? Sobre a legitimação do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 47.

O direito nasce com a sociedade. Muda-se a coletividade, transforma-se o direito. Nessa dinâmica, a demanda social por intervenção penal também se transforma. O próprio Estado – a fim de cumprir suas promessas sociais –, seleciona novos interesses para tutelar.

Com a passagem do processo artesanal para os meios de produção em larga escala, industrializados, além de ter ocorrido a massificação de comportamentos, também ocorreu o aprimoramento da técnica, o qual modificou as interações sociais fora do ambiente laboral.

Observando a sociedade europeia, pós-industrializada, Silva Sánchez descreveu o aparecimento de novos riscos. Sublinhou que o avanço tecnológico repercutiu diretamente no incremento do bem-estar individual, mas também trouxe consequências negativas. Entre elas, “a configuração do risco de procedência humana como fenômeno social estrutural<sup>61</sup>”.

Isso porque, no emprego dos avanços tecnológicos, os riscos derivam das escolhas cotidianas dos membros da coletividade, por exemplo: na condução de meios de transporte, no emprego de variados agrotóxicos nas lavouras, nas novas abordagens tecnológicas da medicina, na prescrição de novos fármacos etc.

Na esfera da criminalidade dolosa, a evolução da tecnologia também projetou para a delinquência novas formas de agir. Silva Sánchez afirma que “[a] criminalidade, associada aos meios informáticos e à internet (a chamada ciberdelinquência), é, seguramente, o maior exemplo de tal evolução<sup>62</sup>”.

Na mesma medida, tem-se a criminalidade organizada, que transcende os limites geográficos e, além de ser uma fonte de risco para os indivíduos, constitui perigo para os próprios Estados.

E não apenas isso. No âmbito da criminalidade não intencional, isto é, falha no manejo das técnicas, os resultados lesivos também são potencializados. Uma barragem de minério de ferro que se rompe ou toneladas de petróleo despejadas no mar podem provocar danos sociais irreparáveis.

Nesse cenário de incertezas, de cursos causais não controláveis, desconhecidos, os tipos penais que exigem um resultado naturalístico indispensável para consumação dão lugar aos delitos de perigo, como forma de controlar riscos (antecipando as barreiras da punibilidade).

---

<sup>61</sup> Idem – Ibidem, p. 35-36.

<sup>62</sup> Idem – Ibidem, p. 36.

Para além dos riscos de procedência humana, a sociedade tecnológica, competitiva, excluiu em larga escala muitos membros da coletividade que, conseqüentemente, passaram a ser “percebidos pelos demais como fonte de riscos pessoais e patrimoniais<sup>63</sup>”. Neste aspecto, para Silva Sánchez:

[...] a sociedade pós-industrial europeia é uma sociedade que expressa a crise do modelo do Estado do bem-estar, uma sociedade competitiva com bolsões de desemprego ou marginalidade - especialmente juvenil - irredutíveis, de migrações voluntárias ou forçadas, de choque de culturas. Uma sociedade, em suma, com importantes problemas de vertebração interna. [...] certo é que todos esses elementos geram episódios freqüentes de violência (em sua acepção mais ordinária de “criminalidade de rua” individual e em outras manifestações) mais ou menos explícita<sup>64</sup>.

Para o autor, neste ponto, os problemas não são novos. Nova é a percepção de que movimentos punitivos (como o de lei e ordem) ganharam espaço em setores da sociedade antes reticentes.

Os novos riscos objetivos (tecnológicos e não tecnológicos), segundo Sánchez, existem. Mas há, também, uma dimensão subjetiva do risco. O avanço da técnica modificou a lógica do mercado. Aqueles que se encontram disponíveis estão em melhores condições de competitividade laboral.

Desse modo, “as novas realidades econômicas, às que se somaram importantes alterações ético-sociais, vêm dando lugar a uma instabilidade emocional-familiar que produz uma perplexidade adicional no âmbito das relações humanas<sup>65</sup>”.

Ainda que no espectro filosófico, tem-se a implantação do relativismo que, somado à instabilidade familiar, leva a uma desorientação dos indivíduos, no sentido de “perdas de referências valorativas objetivas”.

Em um contexto que as “dificuldades de orientação cognitiva são cada vez maiores, parece mesmo razoável que a busca de elementos de orientação normativa – e, entre eles, o Direito Penal ocupa um lugar significativo – se converta em uma busca quase obsessiva<sup>66</sup>”.

A sociedade desenvolvimentista, do século XIX e da primeira metade do século XX, necessitava correr mais riscos. Era preciso se arriscar em nome do progresso, da industrialização. Sob a batuta do acúmulo de capital, a sociedade precisava tolerar perigos. Foi nessa realidade que a dogmática penal desenvolveu a ideia de risco permitido

---

<sup>63</sup> Idem – Ibidem, p. 36.

<sup>64</sup> Idem – Ibidem, p. 39.

<sup>65</sup> Idem – Ibidem, p. 42.

<sup>66</sup> Idem – Ibidem, p. 52.

como limite interpretativo à criminalização de comportamentos. Silva Sánchez esclarece que a ideia básica era a seguinte:

[...] a coletividade há de pagar o preço do desenvolvimento, admitindo que as empresas não adotam as máximas medidas de segurança nem empregam materiais de máxima qualidade. Do contrário, não se poderá obter o benefício que permita a acumulação de capital necessário para reinversão e crescimento; ou então não progredirá no ritmo esperado. E isso se deve admitir ainda que se saiba de antemão, e já não mais de modo genérico, que se produzirão lesões e mortes, senão que especificamente em uma determinada indústria elas haverão de ocorrer.<sup>67</sup>

Já na sociedade pós-industrializada, busca-se progressivamente restringir as esferas de atuação arriscada. Há uma supervalorização da segurança. A liberdade de ação cede espaço a liberdade de não padecer.

Uma sociedade que agia arriscadamente para desenvolver o Estado, agora passa a não mais correr riscos e demandar a tutela de seus interesses. Nesse espectro, Silva Sánchez entende que “[a] sociedade do Estado do bem-estar se configura cada vez mais como uma sociedade de classes passivas, no sentido amplo da expressão. Pensionistas, desempregados, destinatários de serviços públicos educacionais, sanitários etc.”<sup>68</sup> E isso afeta o alcance do “risco permitido”, restringindo-o.

Nessa conjuntura de sujeitos mais pacientes do que agentes, no dizer de Sánchez, há ainda o fenômeno de identificação social com a vítima do crime (sujeito passivo), mais do que com o autor (sujeito ativo). E isso, para ele, tem produzido uma mudança na concepção do direito de punir: o que era a espada do Estado contra o delinquente desamparado passa a ser a espada da sociedade contra a delinquência dos poderosos. Além do mais, pelo mesmo fenômeno, a pena reintegra a vítima e exclui o autor, como uma manifestação de solidariedade.

A sociedade pós-industrial também é marcada por comportamentos distintos e uniformes. Explico: um só sujeito que jogue papel de balinha pela janela do carro pratica um comportamento inofensivo ao meio ambiente como um todo. Mas, diversos sujeitos praticando atos similares em múltiplos pontos de uma mesma cidade, já se reveste de maior potencialidade lesiva. Outra ilustração possível, para este pesquisador, seria imaginar milhares de empresários sonegando impostos em um país, embora individualmente em pequenos valores, globalmente chega-se a importâncias representativas de um PIB.

---

<sup>67</sup> Idem – Ibidem, p. 53.

<sup>68</sup> Idem – Ibidem, p. 52.

Desse modo, os comportamentos massificados, embora isoladamente possam ser de bagatela, por acumulação podem provocar grandes danos sociais. São os chamados delitos por acumulação. Alexandre Rocha preconiza que o estilo de vida que tem como referência a autoimagem não mais subsiste. Passa a ser necessária uma visão coletiva e difusa.<sup>69</sup>

Não se pode ignorar, igualmente, o comportamento de setores tradicionalmente ligados a criminologia crítica (com viés garantista), inclusive no Brasil: feministas demandando por tipos penais ainda mais rigorosos quando a conduta for voltada contra mulheres (por exemplo o feminicídio); movimento LGBT pugnando por neocriminalização de comportamentos (com escoro em ativismo judicial); defesa de recrudescimento de leis penais ambientais etc.

Contrariando o senso comum, assumir que o direito penal tem a missão de proteger bens jurídicos, a toda evidência, conduz ao expansionismo. No ponto, mais uma vez, convém trazer à colação as palavras de Silva Sánchez:

Certamente, a importante crítica doutrinária dirigida à proposta que entende que a missão do Direito Penal é o ‘asseguramento da vigência das normas’ é por muitos feita como se esta constituísse o fator determinante de uma concepção maximalista e carente de limites para o Direito Penal [...]. Com isso, nada obstante, se ocultam alguns dados fundamentais: que a dominante teoria do Direito Penal de proteção de bens jurídicos surgiu no século XIX com vocação ampliadora diante da teoria de um Direito Penal protetor exclusivamente de direitos subjetivos (como afirmado pelo seu precursor Birnbaum); que, em que pese ao inicial rechaço, a teoria do bem jurídico foi assumida inclusive pelos penalistas nacional-socialistas da Escola de Kiel; que não é possível controlar lei penal alguma sob a perspectiva de uma hipotética vulneração do princípio de exclusiva proteção de bens jurídicos, senão somente (e no máximo) a partir do princípio da proporcionalidade. E que a ninguém tenha ocorrido afirmar que esse princípio não prevaleça na hora de determinar as normas cuja vigência deve-se assegurar por intermédio do Direito Penal.<sup>70</sup>

Quanto à outras esferas de orientação normativa, calha, por exemplo, anotar que os níveis de burocracia no âmbito da administração pública aliados à corrupção no setor conduzem a um descrédito no direito administrativo. “Desconfia-se [...] das Administrações Públicas nas quais se verifica uma tendência a buscar, mais do que meios de proteção, cúmplices de delitos socioeconômicos de várias espécies<sup>71</sup>”.

<sup>69</sup> MORAES, A. R. A. Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do direito penal, p. 41-42.

<sup>70</sup> Idem – Ibidem, p. 137-138.

<sup>71</sup> Idem – Ibidem, p. 79.



Quanto ao direito civil, reduzido à ressarcimento de danos, mostra-se controvertido que ele possa “expressar a reprovação que é necessário manifestar diante de determinados fatos<sup>72</sup>”.

No marco da evolução do direito civil indenizatório está estabelecido um modelo de seguro. A possibilidade de contratar um seguro para eventuais danos, neste ramo do direito, diminui os níveis de diligência do agente e conduz a diminuição da eficácia preventiva da regulação. Além de que, tende a levar a uma padronização das indenizações e “intensifica a perda do conteúdo valorativo da responsabilidade civil, imediatamente provocada pelo abandono da ideia de culpa<sup>73</sup>”. A toda evidência, outras instâncias de proteção dos interesses sociais já fracassaram.

No Brasil, sobreleva crescer a importância dada ao direito penal pelo fato da judicialização da política. Como conseqüência dessa judicialização, os meios de comunicação em massa passaram a tratar cotidianamente dos processos penais que tem como parte os poderosos, notadamente parlamentares.

Parte da sociedade brasileira que vivia, então, na expectativa de ver seus direitos à educação, saúde, moradia, igualdade etc., assegurados pelo Estado, agora assistiu a uma crise na legitimidade do próprio sistema democrático com o envolvimento de centenas de políticos em corrupção (especialmente no âmbito da operação lava jato), e a radicalização de movimentos políticos.

Para Silva Sánchez, opor-se à modernização em absoluto “equivale a propugnar um ‘Direito Penal de classes’, no qual o ladrão convencional continue sofrendo uma pena, enquanto o delinquente econômico ou ecológico ficaria à margem do Direito Penal<sup>74</sup>”. Assim, na visão deste autor, o qual elencamos como marco teórico para o estudo, não parece haver como voltar a um direito penal liberal. A sociedade já não é a mesma.

### 3.2 A CORRUPÇÃO DOS “TOLOS” NO BRASIL

Se é preciso reorientar o direito penal, então deve-se saber quem são os poderosos contra quem a espada da sociedade (o direito penal) vai se erguer para estabelecer a regra de orientação e buscar afastar o bom custo benefício do crime para uma parcela da sociedade (ricos delinquentes).

---

<sup>72</sup> Idem – Ibidem, p. 77.

<sup>73</sup> Idem – Ibidem, p. 77.

<sup>74</sup> Idem – Ibidem, p. 187.

No espectro da sociologia, Jessé Souza afirma que “[a] questão do poder é a questão central de toda sociedade. A razão é simples. É ela que nos dirá quem manda e quem obedece, quem fica com os privilégios e quem é abandonado e excluído<sup>75</sup>”.

Entre nós, tem-se a interpretação sociológica de que o povo brasileiro herdou a cultura portuguesa, aí incluída a “tendência à corrupção” percebida na esfera pública, na esteira do denominado patrimonialismo, isto é, na formação de um Estado sem claras distinções entre o público e o privado.

Contudo, é inquietante aceitar que a cultura possa ser transmitida em condições sociais de desenvolvimento diferentes. O neto de um japonês – criado em Brasília desde o nascimento, sem qualquer contato com os avós e pais abasileirados –, seria reconhecido por traços da cultura nipônica nata? Poderia alguém se tornar alemão com a ingestão de alguma substância ou com sua mera ancestralidade? A “tendência à corrupção” está inoculada no sangue do brasileiro?

Em razão da limitação histórica do conhecimento humano, durante décadas ou séculos o conhecimento é dominado por algum paradigma específico, que é o horizonte histórico para definir os pressupostos para qualquer tipo de conhecimento.

Como aponta Jessé Souza, para explicar a diferença entre os povos, em 1920, já foi aceito o paradigma racista fenótipo, baseado na cor da pele e nos traços fisionômicos. Com as críticas dirigidas a esse tipo de racismo, houve sua superação pelo culturalismo.

Neste marco, todavia, onde a cultura passa a explicar o desenvolvimento dos povos, um negro norte americano, por exemplo, agora está legitimado a se julgar superior ao branco latino-americano pré-reflexivamente. Ou seja, ainda há uma separação ontológica entre os seres humanos. Nesse contexto, “o paradigma culturalista é, na verdade, uma falsa ruptura com o racismo científico ‘racial’<sup>76</sup>”.

No Brasil, vivemos sob esse “racismo culturalista”. Mais ainda, criado por nós mesmos. “O raciocínio do tipo ‘entregar a Petrobras para os estrangeiros é melhor que deixá-la para nossos políticos corruptos’ se torna justificável precisamente nesse contexto, apesar de absurdo<sup>77</sup>”.

É senso comum no Brasil que somos o povo do “jeitinho” e que os “ricos delinquentes” estão na esfera pública. Tudo isso supostamente explicado à luz da ideia de

---

<sup>75</sup> SOUZA, Jessé. A Elite do Atraso: da escravidão à lava jato, p. 11.

<sup>76</sup> Idem – Ibidem, p. 17.

<sup>77</sup> Idem – Ibidem, p. 19.

patrimonialismo, que, por outro lado, deixa o mercado como se fosse imaculado. O Estado seria o malfeitor, enquanto o mercado o centro de todas as virtudes.

O equivalente funcional do racismo (culturalismo), segundo Jessé Souza, passa a ser uma dimensão não refletida do comportamento social, seja na relação entre os povos, seja na relação entre as classes sociais do mesmo povo. “Um brasileiro de classe média que não seja abertamente racista também se sente, em relação às camadas populares do próprio país, como um alemão ou um americano se sente em relação a um brasileiro<sup>78</sup>”.

A influência cultural não pode ser transmitida no sangue, “[o] seres humanos são construídos por influência de instituições<sup>79</sup>”. Uma criança de três anos de idade reproduz o que aprendeu com seus pais, sua família extensa ou cuidadores. A formação de sua personalidade depende das condições socioculturais em que é criada. “No Brasil, desde o ano zero, a instituição que englobava todas as outras era a escravidão, que não existia em Portugal, a não ser de modo muito tópico e passageiro<sup>80</sup>”.

Portugal era um país pequeno para colonizar terras bastante extensas como as brasileiras. Precisou delegar tal tarefa a particulares. No Brasil escravocrata o principal elemento social era o familismo.

Havia no Brasil os escravos da lavoura e os escravos domésticos. Ainda que de forma animalizada, os senhores de terras tinham íntimo contato com os escravos. Na ausência de limites externos, o senhor realizava suas vontades primárias ao seu modo. Ele era a justiça superior sobre aquele espaço. Sequer havia limite moral, “posto que a capela era uma mera extensão da casa-grande<sup>81</sup>”, afirma Jessé Souza.

Para o autor, o senhor de terras e escravos era um “hiperindivíduo”, um “bárbaro sem qualquer noção internalizada de limites em relação a seus impulsos primários<sup>82</sup>”. Tais condições apontam o retrato do patriarcalismo ligado à intimidade de caráter familiar e sexual. “Intimidade do corpo e distância do espírito, sem dúvida, mas de qualquer modo proximidade<sup>83</sup>”.

Nesse contexto, importava estar sob as graças do senhor. Ele determinava se um filho participaria ou não da herança, seria ou não vendido, receberia ou não educação. “A

---

<sup>78</sup> Idem – Ibidem, p. 19-20.

<sup>79</sup> Idem – Ibidem, p. 39.

<sup>80</sup> Idem – Ibidem, p. 40.

<sup>81</sup> Idem – Ibidem, p. 52.

<sup>82</sup> Idem – Ibidem, p. 52.

<sup>83</sup> Idem – Ibidem, p. 52.

proteção patriarcal é, portanto, pessoalíssima, sendo uma extensão da vontade e das inclinações emocionais do patriarca<sup>84</sup>”.

A família era o mundo conhecido. No mundo onde o senhor de terras e escravos arbitrava os privilégios e castigos – que também da perspectiva racional precisava ampliar sua influência com a ampliação significativa da família, possível apenas no campo da poligamia –, instaurou-se um complexo sistema de alianças e rivalidades. As necessidades das famílias passaram a ser consideradas como prioritárias em relação aos indivíduos (familismo). E esse sistema tende à correlação favor e proteção.

Com o processo de passagem do meio rural para o urbano, acentuado com a vinda da família real portuguesa ao Brasil, tem-se a decadência do patriarcado rural brasileiro. “Com a maior urbanização, a hierarquia social passa a ser marcada pela oposição entre valores europeus burgueses e os valores antieuropeus do interior, ressaltando uma antinomia valorativa no país com repercussões que nos atingem ainda hoje<sup>85</sup>”. Esses valores europeus, como o individualismo, a proteção legal dos indivíduos e reconhecimento de direitos das mulheres e dos filhos, reorganizavam o que era construído com o familismo. O patriarca deixa de ser a figura que existia no ano zero.

Para Jessé Souza, “[a] opressão tende a ser exercida agora cada vez menos por senhores contra escravos, e cada vez mais por portadores de valores europeus, sejam eles de qualquer cor [...], contra os pobres, africanos e índios<sup>86</sup>”.

A antiga unidade orgânica (com superposição dos senhores) se fragmenta e se espalha por toda parte, pois os poderosos não aceitavam perder o *status* anterior. Portanto, a cidade não representava mais do que a desenfreada falta de cuidado dos interesses públicos em favor dos particulares poderosos.

Por exemplo, cita Jessé Souza que o abastecimento de víveres foi um problema delicado, “sendo permitido, inclusive, o controle abusivo dos proprietários até sobre as praias e os viveiros de peixes que nelas se encontravam, sendo estes vendidos depois a preços oligopolísticos<sup>87</sup>”.

Nas palavras de Jessé Souza:

São relações sociais e instituições concretas que produzem a semente social do Brasil que herdamos sob forma modificada até hoje. É o sadismo transformado em mandonismo, como Freyre irá analisar em *Sobrados e mucambos*, que sai da esfera privada e invade a esfera pública inaugurando uma dialética profundamente brasileira de privatização do público pelos poderosos, que é o

---

<sup>84</sup> Idem – Ibidem, p. 53.

<sup>85</sup> Idem – Ibidem, p. 58.

<sup>86</sup> Idem – Ibidem, p. 59.

<sup>87</sup> Idem – Ibidem, p. 61.

exato contrário da balela da cantilena do patrimonialismo. Afinal, no patrimonialismo de Raymundo Faoro e de Sérgio Buarque, a elite vampiresca e má está “no Estado”, tornando literalmente invisível o mandonismo real, primeiro dos proprietários rurais e depois dos urbanos.<sup>88</sup>

Essa é uma das nossas heranças. Os poderosos não estão no Estado, embora dele se apropriem. Nega-se isso. “Troca-se a corrupção real, que retira as chances de vida de centenas de milhões, para se culpar a ‘corrupção dos tolos’, a da propina dos políticos, que é obviamente nefasta, mas que equivale a dos aviõezinhos do tráfico de drogas<sup>89</sup>”.

Isto posto, considerando a sociedade de risco e a premissa de que os poderosos, de fato, estão fora do Estado, cujos comportamentos criminosos são difíceis de serem alcançados pelo direito penal liberal, cumpre examinar se a expansão penal se compatibiliza com a nova ordem jurídica brasileira.

### 3.3 A FACE OCULTA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Conforme leciona Douglas Fischer, no Brasil, “[o] movimento de redemocratização do país culminou com o advento da Constituição Federal de 1988, argutamente denominada Constituição Cidadã pelo então presidente do Congresso Nacional, Ulysses Guimarães<sup>90</sup>”.

A nova ordem jurídica nacional trouxe para o âmbito de proteção constitucional direitos transindividuais, os quais nem sequer eram objeto de análise no marco teórico iluminista (voltado aos direitos de liberdade, individuais, de primeira geração).

No constitucionalismo de primeira geração, a preocupação era voltada a proibir os excessos do Estado, demandando sua abstenção. No direito penal liberal, também há essa tônica, de limitar os poderes do Estado absolutista.

Ocorre que a Constituição Cidadã, como dito, também trouxe os direitos transindividuais em seu bojo, os quais possuem eficácia horizontal e demandam a tutela do Estado. Há um dever de proteção.

Em alguns casos, inclusive, a própria Constituição determina que se criminalize. São os chamados mandados de criminalização, os quais mandam o legislador ordinário

---

<sup>88</sup> Idem – Ibidem, p. 54.

<sup>89</sup> Idem – Ibidem, p. 226.

<sup>90</sup> FISCHER, Douglas. O que é Garantismo (Penal) Integral?. In CALABRICH, Bruno (Org.); FISCHER, Douglas (Org.); PELELLA, Eduardo (Org.). Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2015, pág. 31.

criminalizar determinada matéria, direcionando-o a espectros de proteção de interesses constitucionalmente selecionados.

A ordem econômica teve especial relevo pelo constituinte, regida por princípios e regras próprias, tanto que a Constituição Federal de 1988 (CF/88) apresentou um título dedicado à questão (VII), trazendo a responsabilização de pessoas físicas e jurídicas.

É o que podemos observar com a prescrição do § 5.º do art. 173, da CF/88, *litteris*: “[a] lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”.

Certo é que o legislador penal dispõe de liberdade para tratar sobre matérias no âmbito do direito penal e processual penal, todavia, essa autonomia não pode ser descorrelacionada com o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico nacional.

No marco dessa nova ordem jurídica, a partir da década de 90, o direito penal passou por um processo de expansão, como demonstra as seguintes legislações, dentre outras: crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo (Lei n.º 8.137/1990); recrudescimento penal com a caracterização de tipos penais hediondos (Lei n.º 8.072/1990); meios de enfrentamento de organização criminosa (Lei n.º 9.034/1995 revogada pela Lei 12.850/2013); crimes ambientais (Lei n.º 9.605/1998), crimes de lavagem de capitais (Lei n.º 9.613/1998); crimes previdenciários (Lei n.º 9.983/2000, que inseriu novos tipos no Código Penal).

A sociedade evoluiu, a nova ordem jurídica acompanhou, mas a dogmática penal no Brasil se descorrelacionou. Mais ainda, reagiu a esse processo com paradigmas presos aos direitos individuais. Nos dias atuais, de forma dominante, os operadores do direito sustentam cânones teóricos do garantismo aprioristicamente. Sem refletir se, de fato, seria o modelo penal, no Brasil, o garantidor dos direitos fundamentais.

No julgamento do HC n.º 490.167, no Superior Tribunal de Justiça (STJ), a Ministra Laurita Vaz afirmou que, “de um lado, há a proibição de excesso, por outro lado, todavia, há uma proibição de proteção deficiente, pois o Estado se compromete constitucionalmente a tutelar direitos transindividuais e, nessa medida, deve-se ponderar a proteção dos direitos individuais com os direitos da coletividade”<sup>91</sup>.

---

<sup>91</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma) Habeas Corpus 490.167. Relatora Ministra Laurita Vaz. Julgado em 28/03/2019, publicado no Diário de Justiça eletrônico em 23/04/2019.

Trata-se do princípio da proporcionalidade, baseado no direito romano-germânico, desenvolvido dogmáticamente na segunda metade do século XX na esfera do direito alemão. Embora sua gênese seja ligada a outros ramos do direito, pouco a pouco esse princípio tem sido utilizado no âmbito do direito penal e processual penal.

Segundo Rogerio Schietti, "[i]rradiando-se por todo o ordenamento jurídico de um país, o princípio da proporcionalidade, no processo penal, assume importância ímpar, dada a ínsita relação conflituosa e permanente entre o Estado e o indivíduo, vis-à-vis o exercício, por aquele, do *ius puniendi*, e por este último, do *ius libertatis*<sup>92</sup>".

Para Mougenot, o princípio constitucional da proporcionalidade, em verdade, é um princípio dos princípios, absoluto. De modo que, "em caso de conflito de princípios funciona como método hermenêutico para dizer qual deles e de que forma prevalece sobre o outro princípio antagônico<sup>93</sup>".

Embora exista divergência em relação ao exato dispositivo, a doutrina é harmônica ao apontar que o princípio da proporcionalidade é constitucional. Dogmáticamente, a aplicação desse princípio conduz a observação cumulativa dos seus vetores: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Este último possui uma dupla face: a proibição do excesso (*Übermassverbot*) e a proibição da proteção deficiente (*Untermasseverbot*).

Nas palavras de Maria Luiza Schafer, "o Estado também poderá deixar de proteger direitos fundamentais, atuando de modo deficiente/insuficiente, ou seja, deixando de atuar e proteger direitos mínimos assegurados pela Constituição<sup>94</sup>".

Não se nega que aos acusados e condenados são asseguradas todas as garantias previstas pela Constituição e pelas leis. Não obstante, igualmente não se pode negar que a Constituição da República seleciona bens juridicamente relevantes aos quais a proteção deficiente também viola os direitos fundamentais, como já decidiu o STJ<sup>95</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 104.410/RS, afirmou que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso, como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela<sup>96</sup>.

---

<sup>92</sup> CRUZ, Rogerio Schietti. *Prisão Cautelar - Dramas, Princípios e Alternativas*. 3.ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm: 2017, pág. 119.

<sup>93</sup> BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 12.ª ed. São Paulo: Saraiva: 2017, pág. 115.

<sup>94</sup> STRECK, Maria Luiza Schfer. *Direito Penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*, p. 92.

<sup>95</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma) Recurso Especial 1.773.834. Relatora Ministra Laurita Vaz. Julgado em 27/11/2018, publicado no Diário de Justiça eletrônico em 19/12/2018.

<sup>96</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma) Habeas Corpus 104.410. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 06/03/2012, publicado no Diário de Justiça eletrônico em 27/03/2012.

Nesse contexto, aplicar leis penais com um “hipergarantismo”, de modo a proteger deficientemente os direitos transindividuais tutelados, como saúde, segurança, ordem econômica etc., ao que demonstra a dogmática e a jurisprudência, parece violar a CF/88.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma das mais conhecidas Comissões Parlamentares de Investigação (CPI), em terras brasileiras, foi a do Banestado (Banco do Estado do Paraná). Um dos bancos mais sólidos do sistema financeiro público à época. A investigação apontara evasão de R\$ 150 bilhões entre 1996 e 2002. Uma das vertentes da investigação foi a utilização do banco para remessa ilícita de dinheiro através do *Opportunity Fund*. Em 2000, o Banco do Estado do Paraná foi privatizado ao ser adquirido pelo Itaú em leilão.

Em 2004 foi deflagrada a operação chacal da Polícia Federal, com buscas e apreensões simultaneamente em São Paulo, Paraná, Distrito Federal e Rio de Janeiro, sendo que neste último, os agentes também realizaram buscas na casa do Presidente do Grupo *Opportunity*, o banqueiro Daniel Dantas. Ao final, a persecução penal foi trancada.

Em 2005, outra famosa CPI – dessa vez dos Correios, da qual se originou a investigação do denominado “mensalão” –, recomendou o indiciamento de Daniel Dantas por supostamente gerir de forma espúria, por meio de seu banco *Opportunity*, fundos de pensão<sup>97</sup>.

No dia 8 de julho de 2008, por sua vez, uma notícia tomou conta do Brasil, era conduzido algemado para uma cela comum o banqueiro Daniel Dantas, pelo então Delegado Protógenes Queiroz, por ordem do então Juiz Fausto De Sanctis, no curso da conhecida operação Satiagraha da Polícia Federal.

Ocorre que, “[c]om históricas ligações com políticos e altos membros do Executivo e apoiado por um vasto grupo de advogados que estão entre os mais bem pagos e competentes do país, o banqueiro Daniel Dantas conseguiu o que parecia impossível”<sup>98</sup>, anota Rubens Valente.

No STF foram concedidos dois sucessivos *habeas corpus* e, no STJ, a paralisação de toda investigação, a qual foi anulada em julho de 2011 no Superior Tribunal, com ratificação pelo Supremo em 2015. O Delegado Protógenes foi expulso da Polícia Federal

---

<sup>97</sup> Disponível em : < <https://epoca.globo.com/politica/expresso/noticia/2016/12/gilmar-concede-acesso-de-documentos-da-cpi-dos-correios-daniel-dantas.html>> Acesso em 1º nov. 2019.

<sup>98</sup> VALENTE, Rubens. Operação Banqueiro. 12.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Geração Editorial: 2014, pág. 10.



e condenado pelo STF por vazar informações sigilosas durante a operação. Fausto De Sanctis deixou a vara especializada e assumiu o cargo de Desembargador, em área sem relação com crimes financeiros.

Embora seja difícil avaliar, noticia-se que existem “R\$ 520 bilhões em paraísos fiscais financeiros fruto da sonegação fiscal dos milionários”<sup>99</sup> do Brasil, o qual enfrenta uma grave crise fiscal e possui grande desigualdade social.

Aqui, uma criança nascida em família de baixa renda, considerando-se os 10% mais pobres da população, dificilmente mudará sua classe social. Podem ser necessárias nove gerações para que ela alcance a renda média, conforme revelou, em 2018, o estudo sobre mobilidade social da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico)<sup>100</sup>.

Em 2018, o Brasil somou um déficit primário de R\$ 120,3 bilhões<sup>101</sup>, o que provocou a reação do Executivo Federal no ano seguinte em conter gastos com saúde, educação, segurança etc., muito embora o país conte com 12,5 milhões de desocupados, que representa 11,8% da população, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística<sup>102</sup>.

A apenas 32 Km da Praça do Três Poderes está localizada a maior favela da América Latina, Sol Nascente. Onde pessoas vivem aglomeradas em barracos erguidos com resto de entulho, madeira, telhas velhas. Onde crianças não possuem espaço para brincar. Onde adolescentes necessitam contribuir financeiramente para família. Uma população arrasada pela falta de renda e infraestrutura mínima em saúde, educação, transporte e saneamento.

No Palácio do Planalto e no Congresso Nacional, próximos e distantes dessa população, tem-se o palco da recente operação do Governo Temer, cercada de suspeição de venda de votos que fez o País perder R\$ 25 bilhões em favor do Banco Itaú, conforme recorda Jessé Souza<sup>103</sup>.

Não sem razão, Luís Roberto Barroso sustenta ser:

[...] um equívoco supor que a corrupção não seja um crime violento. Corrupção mata. Mata na fila do atendimento pelo Sistema Único de Saúde, na falta de leitos, na escassez de medicamentos. Mata nas estradas sem manutenção adequada. A corrupção destrói vidas que não são educadas adequadamente, em

<sup>99</sup> SOUZA, Jessé. A Elite do Atraso: da escravidão à lava jato, p. 232.

<sup>100</sup> Disponível em: <<https://www.oecd.org/brazil/social-mobility-2018-BRA-PT.pdf>>. Acesso em 1º nov. 2019.

<sup>101</sup> Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-01/deficit-primario-somou-r-1203-bilhoes-em-2018>> Acesso 1º em nov. 2019.

<sup>102</sup> Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/>> Acesso 1º em nov. 2019.

<sup>103</sup> Idem – Ibidem, p. 229.

razão da ausência de escolas e de deficiências de estruturas e equipamentos. O fato de o corrupto não ver nos olhos as vítimas que provoca não o torna menos perigoso. A crença de que a corrupção não é um crime grave e violento – e de que os corruptos não são perigosos – nos trouxe até aqui, a esse cenário sombrio em que recessão, corrupção e criminalidade elevadíssima nos atrasam e nos retêm num patamar de renda média, sem conseguirmos furar o cerco.<sup>104</sup>

Não estamos mais combatendo os excessos do soberano. Na atual sociedade de risco, onde esperamos maior segurança nas interações sociais, notadamente onde os Poderosos se apropriam do Estado em detrimento de todos, com elevados danos sociais para as classes mais populares, engendradas por uma desigualdade desde o Brasil escravocrata, o soberano é outro.

Se o princípio da legalidade diz qual é o crime e os meios persecutórios, ele também deixa de fora comportamentos e meios persecutórios que não sejam interessantes para determinado centro de irradiação do Poder.

A defesa apriorística de um modelo penal, seja qual for, que ignore o atual estágio da sociedade brasileira, mostra-se incompatível com a proibição de proteção deficiente dos direitos fundamentais. É preciso olhar para o sistema de justiça criminal que criamos.

Não podemos cristalizar o direito penal e processual penal. Isso não quer dizer que tenhamos, a qualquer custo, que suprimir direitos. O que é preciso observar é que a balança está desequilibrada. A sensação de impunidade está espalhada. A vigência da lei penal está desmoronando sobre a sociedade brasileira, há anos.

Um direito penal liberal, nestes termos, viola os direitos fundamentais da sociedade, que não consegue infirmar a vontade individual dos ricos delinquentes. Mais ainda, há um imperativo de tutela frente a nova forma de criminalidade dos Poderosos. O Estado existe para proteção do todo e não da parte.

A toda evidência, o direito penal deve e pode expandir para afastar a favorável relação de risco retorno do crime para os poderosos. E isso não implica dizer que haverá regresso do modo de punir. Do contrário, com a evolução social, é preciso modernizar os instrumentos de contenção delitiva sobre a dupla face do princípio da proporcionalidade, ou continuaremos a condenar milhares de vidas por falta de realização dos direitos fundamentais da saúde, segurança, educação, enquanto os “atuais senhores de terras e escravos” continuam se apropriando do que deveria ser de todos.

---

<sup>104</sup> BARROSO, Luís Roberto. O combate à corrupção, mudança de paradigmas e a refundação do Brasil. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI299321,41046>> Acesso em 1º nov. 2019.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Andressa Paula de; FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha; **Bens jurídicos transindividuais como corolário do atual modelo constitucional**: um enunciado de proposta acerca de sua proteção penal; Revista Brasileira de Ciências Criminais, Vol. 123, set. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Combate à corrupção e estado de direito**: a experiência brasileira. Palestra proferida na Conferência Magna de Abertura da “Convenção sobre Políticas Públicas e a Percepção da Corrupção na América Latina”, Buenos Aires, 6 set. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Atravessando a tempestade em direção à nova ordem**. disponível em < [conjur.com.br](http://conjur.com.br) >.

BITTAR, C. B. Eduardo; ALMEIDA, Guilherme Assis. **Curso de Filosofia do Direito**. 4ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática da monografia para os cursos de Direito. 15ª ed. São Paulo: Editora Saraiva: 2018.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 12.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva: 2017.

CORDEIRO, Néfi. **Colaboração Premiada e Combate à Corrupção**: princípios constitucionais da administração pública regulando negócio judicial.

ESCHIETTI, Rogerio Cruz. **Prisão Cautelar - Dramas, Princípios e Alternativas**. 3.<sup>a</sup> ed. Salvador: Ed. Juspodivm: 2017.

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e Punir**. 36. ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2009.

GUARAGNI, Fábio André. **As Teorias da Conduta em Direito Penal. Um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

JAKOBS, Günther. **Proteção de Bens Jurídicos? Sobre a legitimação do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal: teoria do injusto penal e culpabilidade**. Belo Horizonte: Dey Rey, 2018.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

MARTIN, Luis Gracia. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência**. Trad. Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Fabris, 2005.

QUEZADO, Marina. **Introdução à Criminologia Global**: superando a crise da Criminologia Crítica.

ROXIN, Claus. **Reflexões sobre a construção sistêmica do direito penal**; Revista Brasileira de Ciências Criminais, Vol. 82, 2010.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2011.

SOUZA, Jessé. **A Elite do Atraso: da escravidão à lava jato**. Rio de Janeiro: Leya: 2017.

STRECK, Maria Luiza Schfer. **Direito Penal e Constituição**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VALENTE, Rubens. **Operação Banqueiro**. 12.ª ed. São Paulo: Geração Editorial: 2014.

VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**. Porto Alegre: L&PM, 2009.

WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.